

LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA RESERVA DE LEY

EDUARDO MELERO ALONSO*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. LAS DISTINTAS CONSTRUCCIONES DOCTRINALES EXISTENTES SOBRE LA RESERVA DE LEY. 1. La reserva de ley desde un paradigma liberal. 2. La reserva de ley desde un paradigma social. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS: LA RESERVA DE LEY EN UN ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LEYES PRINCIPALES. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El mecanismo de la reserva de ley es el elemento clave que determina la articulación de la potestad legislativa de las Cortes Generales y la potestad reglamentaria del Gobierno. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen la imagen de la total subordinación del reglamento a la ley en las materias reservadas, bajo la idea de que el reglamento ha de limitarse a ser el «complemento indispensable» de la ley.

Como intentaré demostrar, considero que esta idea no se corresponde con la realidad. El legislador, en los Estados contemporáneos ha dejado de ser omnipotente (si es que alguna vez lo fue). Ha aumentado enormemente el conjunto de materias que son reguladas jurídicamente. Las Cortes se ven sobrecargadas, lo que ha traído como resultado la aprobación de leyes con escasa densidad normativa. La finalidad de este artículo es, sobre todo, hacer explícito este problema de la flexibilización de la reserva de ley y señalar algunas de sus consecuencias dentro de la comprensión de las fuentes del derecho.

*. Profesor asociado. Universidad Autónoma de Madrid.

II. LAS DISTINTAS CONSTRUCCIONES DOCTRINALES EXISTENTES SOBRE LA RESERVA DE LEY

A efectos de análisis, podemos establecer tres aspectos de la reserva de ley: (1) la función que cumple la reserva, (2) el ámbito de las materias que se encuentran reservadas y (3) la intensidad normativa que la regulación legal debe tener en las materias reservadas. No existe una única comprensión doctrinal de estos elementos, sino que hay distintas interpretaciones en lucha, sobre todo en relación con las dos primeras cuestiones. El único aspecto en que hay cierta conformidad es en la intensidad de la reserva de ley.

He agrupado las distintas propuestas doctrinales dentro de dos conjuntos básicos: interpretaciones basadas en un paradigma liberal de derecho e interpretaciones que se basan en un paradigma social de derecho. Dentro de un paradigma liberal incluyo a los autores que interpretan de forma especialmente rígida y expansiva los elementos propios del Estado de Derecho, mientras que dentro de un paradigma social agrupo a los autores que flexibilizan la interpretación de los elementos del Estado de Derecho teniendo en cuenta la perspectiva del Estado social. Como ya he señalado en otro lugar, considero que las diferentes propuestas doctrinales responden a diferentes concepciones sobre la sociedad, las relaciones entre sociedad y Estado, y las funciones que le corresponden al Estado¹. Las discrepancias entre las diferentes interpretaciones de la reserva de ley son, en mi opinión, discrepancias de carácter político.

1. La reserva de ley desde un paradigma liberal

a. *Función de la reserva de ley*

Desde el paradigma liberal, se considera que la función de la reserva de ley está relacionada con la garantía de los derechos de los ciudadanos². Así, se entiende que la reserva de ley es «expresión misma del principio democrático».

¹ Sobre los paradigmas jurídicos en la interpretación del derecho puede verse Eduardo MELERO ALONSO: 2003, pp. 249-255; trabajo en el que planteo que los fundamentos últimos de la dogmática jurídica son las concepciones políticas de los intérpretes.

² Téngase en cuenta que, en su origen liberal, la reserva de ley en materia de propiedad y libertad, definida por Otto MAYER, cumplía una función equivalente a una declaración de derechos, declaración que no recogía la Constitución del Reich de 1871 (Cfr. José María BAÑO LEÓN: 1991, pp. 20 y 44).

co», que sirve como garantía frente a intervenciones en el ámbito de libertad de los ciudadanos por parte del poder público³. O que obedece al «equilibrio de poderes y la garantía del principio democrático»⁴. También desde la idea del principio democrático se ve en la reserva un «medio de control político de la burocracia e incluso del propio Gobierno»⁵.

Esta concepción liberal se muestra en la doctrina del Tribunal Constitucional, para quien la reserva de ley es «una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho», cuyo significado último es «asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción de ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos»⁶.

b. Ámbito de la reserva de ley

Desde el paradigma liberal se mantiene la existencia de una reserva de tipo general⁷. Se han llevado a cabo distintas reconstrucciones del ámbito de la reserva de ley genérica, la mayoría muy marcada, en el fondo, por la dicotomía *ad intra* – *ad extra*. El ámbito *ad intra* es el propio de la organización adminis-

³. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2000, p. 245. La cita completa es la siguiente: «El principio [de reserva de ley] funciona como una garantía frente a las veleidades de intervención autoritaria por parte de cualquier autoridad o poder público. Sólo el consentimiento de los ciudadanos, que se expresa en la Ley, puede legitimar una intervención en su ámbito de libertad. La reserva de Ley es así la expresión misma del principio democrático».

⁴. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: 1991, p. 775. Ángel GARRORENA: 2001, 303, concibe la reserva como una «garantía de las minorías parlamentarias y del procedimiento legislativo».

⁵. Según Ricardo GARCÍA MACHO: 1988, p. 114, «existen diferencias importantes en que una norma sea elaborada «públicamente» en el Parlamento a que lo sea «en secreto» como reglamento».

⁶. STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4. Citada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2000, pp. 246-247.

⁷. La excepción a esta concepción genérica de la reserva está en Francisco RUBIO LLORENTE. Pero su visión liberal se manifiesta en su concepción amplia del principio de legalidad, que cumple una función similar a la de la reserva genérica en cuanto al mantenimiento del poder del Parlamento y la negación de los reglamentos independientes. En esta línea de dar más importancia al principio de legalidad para determinar la relación entre ley y reglamento también se encuentra Ángel GARRORENA: 1980, p. 68; quien también reconoce la inexistencia de una reserva de ley genérica, GARRORENA: 2001b, p. 305.

trativa y del funcionamiento interno de la Administración, mientras que el ámbito *ad extra* se refiere a las relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos.

En su concepción más reducida, se entiende que la reserva abarca «*todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos*», y tiene como fundamento el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad que el art. 10.1 CE consagra⁸.

Desde presupuestos similares, pero reconociendo un espacio mayor a la reserva de ley, se considera que ésta afecta a «*cualquier regulación que atañe, de cualquiera manera, el ejercicio de los derechos fundamentales*, y, en concreto, en términos aún más amplios, al *libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1) *que dichos derechos garantizan*»⁹. La conclusión a que llegan es que no se pueden dictar reglamentos independientes que afecten a la libertad y a la propiedad¹⁰.

Por último, hay quien sostiene que, en nuestra Constitución, la clásica reserva de ley sobre libertad y propiedad se extiende también a la actividad prestacional. Esta ampliación de la reserva tiene su fundamento en el principio democrático (art. 1.1 CE), que supone que el Parlamento es la fuente normativa primaria u originaria¹¹.

c. *Intensidad de la reserva de ley*

El paradigma liberal considera que, en las materias reservadas, los reglamentos se encuentran sometidos a la ley de una manera especialmente intensa.

Así, se concibe el reglamento como «*complemento indispensable de la Ley*»; el reglamento debe regular «*todo lo indispensable*» para garantizar la

⁸ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: 1991, p. 781. Para este autor, la actividad prestacional o la que no supone ejercicio de autoridad no se encuentra sometida a reserva, «no hay en la CE norma alguna que permita extender esta reserva a la actividad prestacional o no autoritaria de la Administración» (p. 783).

⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2000, p. 244, cursiva original.

¹⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2000, p. 245.

¹¹ Ricardo GARCÍA MACHO: 1988, pp. 113-114. Este autor mantiene un paradigma liberal ya que refuerza el poder del Parlamento frente al ejecutivo, llevando la reserva a su grado extremo. Para este autor, el principio democrático «legitima al Parlamento como fuente primaria u originaria normativa, lo cual implica que el ejecutivo, para actuar, necesita una ley previa» (p. 114).

aplicación de la ley, pero no puede ir más allá de lo estrictamente indispensable¹². La doctrina del complemento indispensable permite que los reglamentos establezcan normas de organización y procedimiento que no afecten al contenido sustancial de la Ley, precisen preceptos legales vagos e incompletos, hagan explícitas reglas derivadas de los principios legales y corrijan deficiencias legales¹³.

La sujeción estricta del reglamento a la ley en las materias reservadas también se hace evidente cuando se delimitan criterios para determinar la validez de las remisiones reglamentarias. Estos criterios son: (1) complitud, la ley ha de regular la totalidad del régimen jurídico sustancial de la materia, pudiendo el reglamento regular «aspectos adjetivos, colaterales o conexos al núcleo de la materia», (2) mensurabilidad de la remisión legal, que ha de ser expresa; concreta y específica, sin que sean posibles remisiones genéricas; y delimitada, es decir que circunscriba su ámbito de actuación, (3) la remisión ha de ser previsible, de modo que la ley debe incluir unos criterios materiales que hagan calculable el sentido de la regulación reglamentaria, y (4) el criterio de la ejecución administrativa, que permite remisiones más amplias cuando a la Administración le corresponda el cumplimiento de la materia reservada¹⁴.

Esta sujeción estricta también se manifiesta cuando se establece una gradación de la intensidad de la reserva en función de una interpretación gramati-

¹² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2000, p. 271. Esta doctrina se refiere al reglamento ejecutivo. Sin embargo, debido a la concepción de la reserva genérica que mantiene y a su concepción material de los reglamentos, es perfectamente trasladable a la doctrina de la reserva de ley. La misma concepción del complemento indispensable se encuentra en la STS de 11 de mayo de 1999 (Az. 6146), FJ 4.C, según la cual el reglamento ejecutivo «debe incluir todo *lo indispensable y sólo lo indispensable* para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley».

La jurisprudencia del TC mantiene este criterio del complemento indispensable, aunque no en un sentido tan excesivamente limitador para el reglamento. Así, la STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 7, señala que la Ley contiene «una formulación general, que tendrá su complemento indispensable mediante una reglamentación». Según la STC 86/1984, de 27 de julio, FJ 4, la reserva de ley «se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley» (citadas por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2000, p. 272).

¹³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2000, p. 272.

¹⁴ Cfr. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: 1991, pp. 786-788.

cal de la Constitución¹⁵. El «sólo por ley» del art. 53 CE impide, en principio, la regulación reglamentaria de los derechos fundamentales, aunque se permiten reglamentos que regulen cuestiones de detalle o mera ejecución. Las expresiones «la ley regulará» o «mediante ley», implican que la ley tiene que regular lo esencial y los reglamentos pueden regular cuestiones puntuales y concretas, pero no son posibles remisiones genéricas. Por último, «estar autorizado por ley» (art. 135.1 CE) implica una reserva formal en la que el Gobierno determina el contenido material de su actuación.

2. La reserva de ley desde un paradigma social

El paradigma social propone una comprensión distinta del ámbito de la reserva, tanto en relación con la función que cumple, como en la limitación del número de materias que se encuentran reservadas. Sin embargo, mantiene una doctrina similar a la propuesta por el paradigma liberal en cuanto a la intensidad normativa de ésta.

a. *Función de la reserva de ley*

El paradigma social tiene en cuenta la *interdependencia por integración* que se ha producido entre el Gobierno y las Cortes¹⁶. En los sistemas parlamentarios, el Gobierno cuenta con el apoyo del Parlamento¹⁷. Así, se señala que el punto de referencia de la reserva ha pasado de la dicotomía entre un Parlamento democrático y un Ejecutivo sin tal legitimación, a la distinción entre un bloque formado por la mayoría parlamentaria más el Gobierno, por un lado y la oposición por otro¹⁸.

Desde el paradigma social se concibe la función de la reserva de ley como garantía de que la regulación de determinadas materias se realice a través del procedimiento legislativo, asegurando el pluralismo democrático frente a una posible ex-

¹⁵ Cfr. Ricardo GARCÍA MACHO: 1988, pp. 115-118.

¹⁶ Tomo el término *interdependencia por integración* de Karl LOEWENSTEIN: 1986, p. 55.

¹⁷ En realidad, nuestro sistema constitucional permite la existencia de gobiernos en minoría. El mecanismo de investidura del presidente del Gobierno por mayoría simple (art. 99.3 CE), la cuestión de confianza (art. 112 CE) y la moción de censura constructiva (art. 113 CE) son elementos que posibilitan la existencia de gobiernos con apoyo minoritario en las Cortes.

¹⁸ Cfr. Ignacio DE OTTO: 1988, pp. 143 y 153, quien también conecta la problemática de la reserva de ley con el sistema de partidos que otorga al Gobierno un papel director y propulsor de la mayoría.

pansión ilimitada de la potestad reglamentaria del Gobierno¹⁹. La discusión pública parlamentaria tiene como resultado el pluralismo democrático, al permitir que los diferentes puntos de vista representados en el Parlamento se hagan patentes en el procedimiento de elaboración de las leyes²⁰. En esta línea, también se ve en la reserva un mecanismo para «mantener el juego de las minorías–mayorías»²¹, o se señala que la calidad procedimental de la ley es diferente que la del reglamento²².

b. Ámbito de la reserva de ley

El paradigma social niega la existencia de una reserva de ley genérica, que como hemos visto se justifica por el paradigma liberal con base en la dicotomía *ad extra–ad intra*. En su versión más fundamentada, desde el paradigma social se parte del «extenso y complejo sistema de reservas específicas» que recoge la Constitución, sistema que hace difícil entender que existe una reserva general que no aparece de forma explícita²³. Aunque en ocasiones, se parte sencillamente de que la Constitución sólo reserva a la ley aquellas materias a las que se refiere expresamente²⁴.

c. Intensidad de la reserva de ley

El paradigma social no difiere demasiado del paradigma liberal en cuanto a la intensidad de la reserva aunque, en línea de principio, reconoce un mayor margen al reglamento en las materias reservadas.

¹⁹ Ignacio DE OTTO: 1988, p. 153. Joaquín TORNOS MAS: 1983, 479, por su parte, considera que la función de la reserva es «forzar la intervención del legislador para que éste impulse y dirija la actuación del Gobierno».

²⁰ Ignacio DE OTTO: 1988, p. 153.

²¹ Joaquín TORNOS MAS: 1983, p. 482. Aunque mantiene en cierta medida los presupuestos de un paradigma liberal cuando considera que la reserva legal implica «la voluntad de garantizar la esfera privada frente a la decisión libre en su contenido del ejecutivo».

²² José María BAÑO LEÓN: 1991, p. 96. Para este autor «la reserva de ley tiene su justificación constitucional en la naturaleza del procedimiento de elaboración» (p. 97).

²³ Ignacio DE OTTO: 1988, p. 156, señala que hay una multitud de materias que la Constitución reserva a la ley, se delimitan los ámbitos de la ley orgánica y la ley ordinaria, se prohíbe que ciertas materias sean reguladas por decreto legislativo y por decreto-ley, hay excesivas reservas de carácter institucional, y la reserva que afecta a los derechos fundamentales cubre una parte de la actividad prestacional. Siguiendo a Ignacio DE OTTO, Antonio EMBID IRUJO: 1991, pp. 96-97 considera que los principios de la lógica y de la analogía impiden que se pueda deducir una reserva genérica de las amplias reservas parciales existentes en la Constitución.

²⁴ José María BAÑO LEÓN: 1991, p. 86; Manuel REBOLLO PUIG: 1991, pp. 127-128; y Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, p. 185.

Así, se plantea la distinción entre reglamentos *secundum legem* (reglamentos para la ejecución de la ley) y reglamentos *intra legem* (reglamentos de complemento de la ley) en función de la intensidad de la reserva de ley. De forma que la expresión «sólo por ley» del art. 53.1 CE permite únicamente reglamentos estrictamente ejecutivos²⁵. Manteniendo una distinción similar entre tipos de reserva, se ha señalado que en las reservas no absolutas la potestad reglamentaria puede introducir «opciones políticas»²⁶. También se modula la intensidad de la reserva de ley en función de la materia, señalándose, por ejemplo, que «A mayor grado de afectación de la regulación de un derecho fundamental menores posibilidades de remisión de la ley al Reglamento»²⁷.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como ya hemos visto, tanto el paradigma liberal como el paradigma social llegan a conclusiones similares en cuanto a la intensidad de la regulación legal en las materias reservadas. La idea de fondo es una sujeción fuerte de los reglamentos a la ley en los ámbitos reservados a ésta. Idea que también ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Como primera precisión, el TC ha mantenido que no existe diferencia entre las reservas de ley orgánica y las reservas de ley ordinaria, a efectos de la relación ley-reglamento en el ámbito de las materias reservadas²⁸.

El hecho de que una materia esté reservada a la ley no impide que «las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la

²⁵ Cfr. Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, pp. 182-183.

²⁶ Joaquín TORNOS MAS: 1983, p. 485. Este autor distingue dos tipos de reserva: (1) La reserva absoluta o cualificada y (2) los demás tipos de reserva. En la reserva absoluta («sólo por ley») el reglamento actúa como ejecución, como organización de la actividad administrativa que sea precisa para garantizar el derecho. En los demás tipos de reserva, la ley debe establecer los objetivos, el procedimiento y la organización, permitiéndose que la Administración introduzca sus opciones políticas.

²⁷ José María BAÑO LEÓN: 1991, p. 104. El análisis de este autor parte de tres elementos: a) la delimitación del ámbito de cada reserva en concreto; b) la tradición jurídica, especialmente en relación con el grado de afectación a los derechos fundamentales y el ámbito autoorganizativo del poder ejecutivo; y c) la fundamentación constitucional de la reserva en las remisiones a ordenanzas o a planes (cfr. p. 103 ss).

²⁸ STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 14.

Constitución en favor del legislador»²⁹. Hay que tener en cuenta que la remisión a los reglamentos «resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias»³⁰.

En las materias reservadas, a la potestad reglamentaria le corresponde un papel de «complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley»³¹. El reglamento puede «complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada»³², o regular «cuestiones de detalle que no afecten a la reserva de ley»³³. Sin que sea posible que el reglamento establezca regulaciones de carácter *praeter legem*³⁴.

De toda esta jurisprudencia se deduce que la reserva prohíbe remisiones o habilitaciones en blanco, y que el «núcleo esencial» de la regulación ha de establecerse por ley³⁵. En las materias reservadas el ámbito creador de la potestad reglamentaria es, en principio, muy limitado. La regulación ha de tener un carácter subordinado desde el punto de vista de su contenido.

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS: LA RESERVA DE LEY EN UN ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LEYES PRINCIPIALES

En mi opinión, existen suficientes elementos en nuestro ordenamiento jurídico que permiten matizar la imagen de la total subordinación, o de subordinación fuerte en todo caso, de los reglamentos en las materias reservadas a la ley. En definitiva, se trata de reconocer un importante margen de decisión política a los reglamentos en las materias reservadas.

En el nivel más abstracto, hay que tener en cuenta que en el derecho contemporáneo, se ha producido un aumento de las materias reguladas jurídicamente y, al mismo tiempo, las normas jurídicas pierden precisión³⁶.

²⁹. STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4.

³⁰. STC 77/1985, de 27 de julio, FJ 14.

³¹. STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4.

³². STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.a).

³³. STC de 13 de febrero de 1981, FJ 15.

³⁴. STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 1.

³⁵. Manuel REBOLLO PUIG: 1991, p. 139.

³⁶. José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO: 1990, p. 112. Se produce una informalización del derecho, en términos de Ingeborg MAUS.

El aumento de las materias jurídicas obedece, en primer lugar, a la dinámica propia del Estado social. El Estado asume unas funciones que no le correspondían en el esquema propio del Estado liberal. Paralelamente, se produce un cambio en la función propia de la legislación. La ley ya no va a concebirse únicamente como límite a la acción del Estado, cuyo fin es proteger a la sociedad frente a éste, sino que se convierte también en una forma de acción, acción del Estado con el objetivo de regular y estructurar la sociedad³⁷. El lugar de la decisión se traslada del Parlamento, a los órganos que tienen capacidad de actuar, el Gobierno y la Administración³⁸. Con lo que estos órganos ven aumentadas sus facultades de decisión y de elaboración normativa.

También hay que tener en cuenta el aumento de la complejidad social fruto del desarrollo del sistema económico capitalista³⁹. El derecho intenta regular los fenómenos que surgen con la aparición de nuevos sectores productivos, como son la ingeniería genética, la reproducción asistida, los organismos modificados genéticamente, la comunicación a través de redes informáticas, los nuevos productos financieros... Por otra parte, la privatización de empresas y servicios públicos estatales no ha supuesto una reducción de la intervención del Estado en la economía; ni tampoco la globalización de la economía implica una menor intervención estatal⁴⁰. Incluso aumenta la intervención normativa del estado en los sectores económicos privatizados. En este sentido, la leyes que regulan los sectores liberalizados (telecomunicaciones, energía,...) remiten infinidad de cuestiones a su posterior desarrollo reglamentario.

El otro fenómeno, el de la disminución del grado de precisión de las normas jurídicas obedece a la tensión entre los elementos del Estado de Derecho y los elementos del Estado social⁴¹, que puede ejemplificarse en el conflicto entre el principio de legalidad y el principio de eficacia⁴². Este conflicto se ha resuelto aumentando la imprecisión de las normas jurídicas, con lo que se salva

³⁷. Manuel GARCÍA-PELAYO: 1996, p. 27.

³⁸. Manuel GARCÍA-PELAYO: 1996, p. 39. En el mismo sentido Luciano PAREJO ALFONSO: 1983, pp. 96-97.

³⁹. Juan Ramón CAPELLA: 2001, p. 97, señala que la expansión del sistema económico capitalista no tiene porqué ser necesariamente espacial, sino que más bien se dirige hacia sectores productivos nuevos, gracias al desarrollo tecno-científico.

⁴⁰. Sobre el papel del Estado en una economía globalizada puede verse Pedro MERCADO PACHECO: 1999: pp. 140-150.

⁴¹. Tensión que, en el plano constitucional, ha sido subrayada por Ernst FORSTHOFF: 1986, pp. 86, 101 y 106.

⁴². Cfr. José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO: 1991, p. 154. Puede verse también Luciano PAREJO ALFONSO: 1983, p. 70.

formalmente el principio de legalidad, pero aumenta la discrecionalidad de los órganos encargados de desarrollar y ejecutar dichas normas⁴³. Aumenta así, el margen de maniobra del Gobierno y de la Administración.

Las leyes son las normas más afectadas por esta disminución del grado de precisión, perdiendo mucha intensidad normativa. Incluso hay leyes que reconocen expresamente una voluntad de ser derecho flexible, con escasa densidad normativa. En mi opinión, está claro que estas normas, a pesar de encontrarse sometidas a reserva de ley, permiten distintas opciones políticas a la potestad reglamentaria, que van más allá de la mera adecuación técnica y de la idea del complemento indispensable. En este sentido, hay que citar la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. Según su exposición de motivos:

La ley contiene la suficiente flexibilidad como para aspirar a servir de marco a la educación española durante un largo período de tiempo, siendo capaz de asimilar en sus estructuras las reorientaciones que pueda aconsejar la cambiante realidad del futuro.

Por la misma razón, la reforma habrá de ser un proceso continuo, una permanente puesta en práctica de las innovaciones y de los medios que permitan a la educación alcanzar fines que la sociedad le encomienda. Por ello estamos ante una ley con un nivel de ductilidad suficiente para asegurar el marco preciso y la orientación apropiada, pero también para permitir posibles adaptaciones y desarrollos ulteriores. Una ley que, en consecuencia, ha evitado la tentación de la excesiva minuciosidad⁴⁴.

La LOGSE, gracias a su ductilidad, va a permitir desarrollos normativos de distinto carácter. La opción por un desarrollo normativo u otro tiene un marcado carácter de dirección política, que desborda la idea del reglamento como complemento indispensable de la ley, ya que a través de ese desarrollo normativo se concretará la política educativa del Gobierno. Prueba de ello son los Reales Decretos 3473/2000 y 3474/2000. El Real Decreto 3473/2000, de 29 de junio, establece las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación

⁴³. Cfr. José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO: 1991, p. 154.

⁴⁴. La exposición de motivos continúa señalando que «A favor de esa misma ductilidad se pronuncia la propia estructura autonómica del Estado». Me parece destacable que, a pesar de señalar la ductilidad como una virtud de la ley, no se declare que esta ductilidad puede dar lugar a distintos desarrollos posteriores —de carácter fundamentalmente político—, dentro del marco y las orientaciones generales que establece la LOGSE.

secundaria obligatoria y el Real Decreto 3474/2000, de 29 de diciembre, las enseñanzas mínimas del bachillerato. Ambos Reales Decretos tienen una trascendencia política de primer orden en materia de educación.

En el mismo sentido, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, se autocalifica en la exposición de motivos como «Ley marco, susceptible de concreciones diversas»⁴⁵. Según la exposición de motivos de la Ley 24/1988:

En un plano meramente formal, puede llamar la atención el amplio número de remisiones que contiene la Ley a ulteriores desarrollos reglamentarios⁴⁶. Dicho planteamiento es el resultado de coordinar dos exigencias contrapuestas: a) la necesidad de no congelar en el marco de una Ley muchos aspectos del funcionamiento de los merca-

⁴⁵ Mercedes FUERTES LÓPEZ: 1994, p. 58, señala que será el Gobierno, y no las Cortes quien «especifique muchas de las opciones normativas en el mercado de valores». Sin embargo, se sitúa en la línea administrativizadora de la potestad reglamentaria, que oculta el papel de dirección de la política que les corresponde a los reglamentos.

⁴⁶ La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores establece remisiones al reglamento en relación con las siguientes cuestiones: criterios de homogeneidad en virtud de los cuales un conjunto de valores negociables se entenderá integrado en una emisión (art. 2), condiciones para que los valores representados mediante anotaciones en cuenta funcionen como fungibles a efectos de las operaciones de compensación y liquidación (art. 8), compensación económica a los miembros de la CNMV tras su cese (art. 21), procedimiento de designación y número de los Consejeros de la CNMV (art. 22), funciones del Comité Consultivo de la CNMV (art. 23.b), plazos entre la comunicación previa de la emisión de valores y su realización efectiva (art. 26), alcance y contenido de los estados financieros a auditar y de las auditorías (art. 27), contenido del folleto informativo sobre inversiones (art. 28), requisitos y procedimiento para la admisión de valores a negociación en los mercados secundarios oficiales (art. 32), plazo para suspender la negociación de valores (art. 33), requisitos de difusión, frecuencia o volumen de contratación de valores que permiten excluir su negociación (art. 34), requisitos para ser miembro de un mercado secundario de valores (art. 37), garantías o coberturas en las operaciones a plazo (art. 38), criterios generales para hacer públicas las vinculaciones económicas o relaciones contractuales con terceros (art. 40), límites a la información de carácter público que será obligatorio difundir de las operaciones de mercado (art. 43), negociación en las Bolsas de Valores de valores admitidos a negociación en otro mercado secundario oficial (art. 46), Sistema de Interconexión Bursátil de ámbito estatal entre las Bolsas de Valores (art. 49), criterios para asignar las operaciones en que concurren miembros de distintas Bolsas (art. 52), requisitos para ser titulares de cuenta a nombre propio en la Central de Anotaciones (art. 57.3), requisitos de las ofertas públicas de adquisiciones (art. 60), requisitos de las empresas de servicios de inversión (art. 67), modificaciones de los estatutos sociales de las empresas de servicios de inversión (art. 68), y presunciones sobre cuando una persona puede ejercer una influencia notable en las empresas de servicios de inversión (art. 69.1).

dos de valores susceptibles de verse influidos por los importantes cambios que se están produciendo en el entorno financiero nacional e internacional y que, sin duda, proseguirán con intensidad en el futuro inmediato, y b) la necesidad de dotar del necesario respaldo legal a muchas actuaciones potenciales de la Administración que, en el marco legal hoy vigente, están o podrían estar desamparadas de tan indispensable cobertura. La Ley del Mercado de Valores tiene, así, un cierto carácter de Ley marco, susceptible de concreciones diversas en función de las necesidades y problemas que en cada momento se manifiesten. Esto, que podrá parecer inconveniente a quienes desearían ver la consagración legal de soluciones específicas a determinados problemas muy concretos, resulta una solución muy conveniente si se aspira, como es el caso, a que la presente Ley tenga una razonable pervivencia.

El resultado es que el Gobierno, a través de su potestad reglamentaria, define la política nacional sobre el funcionamiento del mercado bursátil⁴⁷.

Dentro del derecho administrativo, la pérdida de densidad de las normas también se concreta en que aparecen, junto a las clásicas normas que delimitan competencias y establecen procedimientos a seguir, otras normas que se limitan a fijar los objetivos que deben alcanzar determinadas instancias administrativas⁴⁸. Las leyes que se limitan a fijar objetivos están reconociendo un espacio propio de decisión cada vez mayor a los órganos encargados de su desarrollo y ejecución.

En este sentido puede citarse la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España. Esta ley regula la naturaleza y régimen jurídico del Banco (arts. 1 y 2), su potestad normativa (art. 3), su régimen económico y tributario (arts. 4 y 5), sus funciones y competencias (arts. 7 a 16) y los órganos recto-

⁴⁷. En este sentido véase la STS de 7 de junio de 1999 (Az. 4316), FJ 4. Esta sentencia enjuicia el Real Decreto 276/1989, de 22 de marzo, sobre Sociedades y Agencias de Valores. Frente al reproche de deslegalización que plantean los recurrentes, el TS entiende que «Es el Gobierno, al que corresponde conforme al artículo 97 de la Constitución «la dirección de la política exterior e interior», quien debe adoptar las medidas necesarias para el correcto funcionamiento de un sector financiero tan fundamental como es el del tráfico bursátil. Pensar que medidas como las atribuidas al Gobierno en los artículos 21 y 22 del Real Decreto tienen que tener cobertura legal absoluta y específica significaría el anquilosamiento total del mercado de valores». Aunque no lo dice expresamente, queda claro en esta argumentación del TS que la potestad reglamentaria deja un margen de dirección política al Gobierno.

⁴⁸. José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO: 1990, p. 112.

res del Banco (arts. 17 a 30). La esencia de la Ley es que atribuye al Banco de España la definición y ejecución de la política monetaria «con la finalidad primordial de lograr la estabilidad de los precios» (art. 7.2 Ley 13/1994⁴⁹).

Dentro de las normas que se limitan a señalar objetivos también se puede mencionar la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. Esta ley se limita a señalar los principios a los que se somete el CNI (art. 2), las funciones que le corresponden (art. 4), su organización (arts. 6, 7, 9 y 10), el régimen jurídico del CNI y de su personal (art. 8) y el control parlamentario de sus actividades. Se establece además, que los objetivos del CNI serán establecidos anualmente por el Gobierno mediante la Directiva de Inteligencia (art. 3). La regulación del CNI se completa con la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia. De toda esta regulación, que tiene además una escasa densidad normativa, se deduce amplio margen de actuación al CNI⁵⁰.

La pérdida de densidad normativa de las leyes no es un fenómeno puntual, sino que se encuentra bastante generalizado. También pueden citarse la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal⁵¹. El problema

⁴⁹. La redacción de este artículo fue modificada tras la plena integración del Banco de España en el SEBC, por la Ley 12/1998, de 28 de abril. La nueva redacción determina que «Sin perjuicio del objetivo principal de mantener la estabilidad de precios y del cumplimiento de las funciones que ejerce en tanto miembro del SEBC en los términos del artículo 105.1 del Tratado, el Banco de España apoyará la política económica general del Gobierno».

⁵⁰. A pesar de ello, el art. 2.1 de la Ley 11/2002, establece que «El Centro Nacional de Inteligencia se regirá por el *principio de sometimiento al ordenamiento jurídico* y llevará a cabo sus actividades en el marco de las habilitaciones expresamente establecidas en la presente Ley y en la Ley Orgánica 2/2002, de 7 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia». El problema es con qué grado de intensidad se encuentra sometido el CNI al ordenamiento jurídico.

⁵¹. La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico permite que se regulen reglamentariamente las siguientes cuestiones: compensación económica tras el cese de los miembros de la CNSE (art. 6.5), resolución por la CNSE de los conflictos en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte (art. 8.1.14), atribución de funciones a la CNSE (art. 8.1.14), consideración de consumidores cualificados (art. 9.2), condiciones de calidad y seguridad en el suministro de energía eléctrica (art. 10.1), condiciones y retribución de los intercambios intracomunitarios de energía eléctrica (art. 13.2), intercambios comunitarios de energía eléctrica a corto plazo (art. 13.4), régimen retributivo de intercambios intracomunitarios e internacionales (art. 13.6), retribución de las actividades de suministro de energía

(art. 15.2), determinación de los servicios complementarios de producción de energía y su retribución (art. 16.1.c), retribución de la actividad de transporte y distribución (art. 16.2 y 3), condiciones bajo las cuales un consumidor cualificado puede volver a su régimen general de tarifa (art. 17.2), desglose de la facturación al usuario (art. 17.4), peajes de transporte y de distribución (art. 18.3), procedimiento de imputación de las pérdidas de energía eléctrica en que incurra en su transporte y distribución (art. 18.4), procedimiento de pago en las adquisiciones de energía eléctrica de los consumidores cualificados (art. 19.1), procedimiento de reparto de los fondos ingresados por los distribuidores y comercializadores entre quienes realicen las actividades incluidas en el sistema (art. 19.2), otorgamiento conjunto de autorización de unidades de producción y de la concesión para el uso de aguas (art. 22.2), ofertas al operador del mercado (art. 23.2), condiciones de las ofertas de adquisición de los consumidores cualificados (art. 24.2), elementos de los contratos entre consumidores cualificados y los restantes sujetos cualificados que deben ser puestos en conocimiento del operador del mercado (art. 24.3), modalidades de contratación (art. 24.4), proporción de costes que deben abonar los autoprodutores (art. 25.3), operaciones de venta de energía excluidas de los intercambios intracomunitarios o internacionales (art. 25.5), modalidades contractuales excluidas del sistema de ofertas (art. 25.6), el derecho de los productores de régimen especial de recibir de la empresa distribuidora el suministro de energía que precisen (art. 30.2.b), términos en los que el operador del mercado asume la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica (art. 33.1), asignación de funciones al operador del mercado (art. 33.2.j), composición y funciones del Comité de Agentes del Mercado (art. 33.4), exigencias de capacidad necesaria de la red de transporte (art. 38.2), requisitos de la autorización de empresa comercializadora (art. 44.2), condiciones y procedimientos para el establecimiento de acometidas eléctricas y el enganche de nuevos usuarios a las redes de distribución (art. 45.1.a), forma de medición de los suministros (art. 45.1.b), nivel de calidad del servicio (art. 45.1.g), organización del Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados (art. 45.4), características y continuidad del suministro de energía eléctrica (art. 48.1), procedimiento para aplicar las reducciones a la facturación que deben abonar los usuarios (art. 48.4), suspensión temporal del suministro (art. 50.2 y 3), autorizaciones para la construcción, modificación y ampliación de instalaciones eléctricas (art. 51.3) y las especialidades del procedimiento sancionador (art. 65).

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, remite las siguientes cuestiones a los reglamentos del Gobierno: la composición y competencia de los órganos interministeriales para el estudio e informe de la problemática de las redes civiles y militares (art. 4.2), condiciones de la notificación previa a la CMT que los interesados en explotar una red o prestar un servicio de comunicaciones electrónicas deben realizar antes de iniciar la actividad (art. 6.2), la regulación del Registro de operadores (art. 7), establecimiento de la exención de llevar cuentas separadas y auditadas (art. 8.3), establecimiento de las obligaciones específicas para los mercados de referencia (art. 10.6), establecimiento de condiciones técnicas u operativas por la CMT a un operador (art. 12.1), regulación del procedimiento, plazos para la asignación y condiciones asociadas al uso de los números de servicios de comunicaciones electrónicas (art. 16.3), fijación de los supuestos en que se conservan los números (art. 18.1), condiciones de acceso a los servicios por los operadores (art. 19), condiciones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público (art. 20.3), criterios para determinar las solicitudes razonables para obtener conexión fija a la red telefónica (art. 22.1.a), tarifas especiales para garantizar que las personas con necesidades sociales especiales tengan acceso al

fundamental que se encuentra detrás de la disminución del grado de precisión de las normas es la tensión existente entre el principio de legalidad y el principio de eficacia, reflejo de la tensión estructural existente entre los elementos propios del Estado de Derecho y los elementos propios del Estado social. No obedece, por tanto, a una cuestión coyuntural, sino que refleja uno de los problemas estructurales propios del derecho en el Estado social.

servicio telefónico (art. 22.1.e), medidas para que los discapacitados puedan beneficiarse de la elección de operadores (art. 22.2), cálculo del ahorro neto y del coste neto de los operadores (art. 24), medidas que deben adoptar a su costa los operadores (art. 33), desarrollo de la normativa sobre infraestructuras comunes de comunicaciones electrónicas (art. 37.1), procedimiento para resolver controversias entre usuarios y operadores (art. 38), servicios de llamadas de urgencia (art. 38.5), especificaciones técnicas de los equipos y aparatos de telecomunicaciones (art. 39.2), procedimiento para la verificación de los equipos de telecomunicaciones (art. 40.3), procedimientos para que los ordenadores e instaladores acrediten su competencia profesional (art. 42), explotación de los recursos órbita-espectro en el ámbito de la soberanía española (art. 43.2), plazos de utilización del uso privativo del dominio público radioeléctrico (art. 43.4.a), condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico, planes para su utilización y procedimientos de otorgamiento de los derechos de uso (art. 44.1), normas sobre la licitación, pliego de bases y adjudicación de la concesión (art. 44.2), plazo de duración y condiciones de la reserva del derecho de uso especial no privativo del dominio público (art. 45.2.a), condiciones para autorizar la transmisión de determinados derechos de uso del dominio público radioeléctrico (art. 45.2), condiciones asociadas a los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico (art. 45.3), condiciones para la modificación de los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico (art. 45.5), desarrollo de las competencias atribuidas a los distintos Ministerios (art. 46.1), supuestos en los que la CMT ejerce una función arbitral (art. 48.3.b), atribución de competencias a la CMT (art. 48.1.m), adopción de medidas cautelares por la CMT (art. 48.12), establecimiento de limitaciones a la propiedad o servidumbres dentro de unos parámetros legales (disposición adicional primera.2), condiciones aplicables a los operadores en materia de acceso a determinados servicios de radiodifusión y telecomunicación (disposición adicional séptima), condiciones para la libre competencia de los servicios de difusión de radio y televisión (disposición adicional décima), criterios y condiciones del deber de suministrar información pormenorizada sobre los costes de los operadores (disposición transitoria tercera).

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal determina que se regulará reglamentariamente: el procedimiento por el que se decidirá el mantenimiento íntegro de determinados datos por su valor histórico, estadístico o científico (art. 4.5), los requisitos y condiciones que deben reunir los ficheros y las personas que intervienen en el tratamiento de los datos especialmente protegidos (art. 9.3), los procedimientos para ejercitar los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación (art. 17.1), la forma en que se puede reclamar ante la AEPD por actuaciones contrarias a la ley (art. 18.1), los procedimientos mediante los que los interesados pueden solicitar no aparecer en el censo promocional (art. 31.3) y los procedimientos para nombrar a determinados miembros del Consejo Consultivo de la AEPD (art. 38).

La pérdida de intensidad de las leyes no tiene porqué verse como un fenómeno contrario a las exigencias de la reserva de ley. Doctrinalmente se ha reconocido expresamente que la reserva se puede cubrir con una regulación de carácter principal⁵². Posibilidad también ha dejado abierta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al aludir a que la reserva puede ser completada con la fijación de objetivos. Según la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4:

Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley. Y este criterio aparece contradicho evidentemente por cláusulas legales [...] en virtud de las cuales se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir⁵³.

La excepción más clara a la posibilidad de reservas cubiertas por regulaciones legales de carácter principal es el ámbito penal-sancionador, que impone una mayor intensidad a la reserva de ley. Así, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la reserva de ley en materia sancionadora del art. 25.1 CE impone, además de la necesidad de una norma con rango de ley formal, cumplir con el principio de tipicidad⁵⁴. Este principio, implica una garantía «de or-

⁵² Manuel REBOLLO PUIG: 1991, p. 139. En un sentido similar, Joaquín TORNOS MAS: 1983, pp. 484-485, parte de la existencia de dos tipos de reserva. Donde existe una reserva absoluta o cualificada, sólo es posible una potestad reglamentaria como ejecución, como organización de la actividad administrativa, sin que la Administración pueda introducir opciones políticas a través de su potestad reglamentaria. En los demás casos de reserva sí se reconoce un cierto margen político a la Administración.

⁵³ El subrayado es mío. En idéntico sentido STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 14.

⁵⁴ Desde la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, se ha considerado que el art. 25.1 CE «incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos términos limitativos y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas

den material y alcance absoluto» y se concreta en los criterios de *lex previa* y *lex certa*. Este principio juega tanto en relación con la determinación de las infracciones, las conductas antijurídicas, como en el establecimiento de las sanciones o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización de dichas conductas. En cuanto a las infracciones, la ley debe contener el núcleo esencial de la prohibición o los elementos esenciales de las infracciones, la ley debe describir todos y cada uno de los elementos que componen la conducta sancionable; en cuanto a las sanciones, también han de venir predeterminadas en la ley, debiendo establecerse los criterios para la determinación concreta de cada sanción⁵⁵. La exigencia del principio de tipicidad impone, por tanto, una mayor intensidad a la reserva en materia penal y sancionadora, que impide regulaciones de carácter principal. Son posibles los reglamentos en materia sancionadora⁵⁶, pero su subordinación a la ley es mucho más intensa que en otras materias. Esta sería la doctrina sobre la reserva de ley en materia sancionadora asumida tanto por el paradigma liberal como por el paradigma social, lo que no impide que, en su aplicación a casos concretos, ambos paradigmas lleguen a soluciones contradictorias⁵⁷.

sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora». Doctrina reiterada, entre otras, por la STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1; STC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 7 y STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7.

En el mismo sentido la STS de 20 de diciembre de 1989 (Az. 9640), FJ 3, señala que «es preciso resaltar que los conceptos de legalidad y de tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de hacer realidad junto a la exigencia de una «lex previa», la de una «lex certa»».

⁵⁵ En cuanto a las exigencias del principio de tipicidad en las infracciones y sanciones administrativas, cfr. José SUAY RINCÓN: 2001, pp. 18-22, con cita de abundante jurisprudencia.

⁵⁶ Así se reconoció en la citada STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.

⁵⁷ Un buen ejemplo de esta contradicción se encuentra en la STC 60/2000, de 2 de marzo, recaída en relación con el art. 142.n) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. El art. 142.n) establecía que «Tendrán la consideración de infracciones leves todas las que, suponiendo vulneración directa de las normas legales o reglamentarias aplicables en cada caso, no figuren expresamente recogidas y tipificadas en los artículos anteriores de la presente Ley». En mi opinión, el fallo, que declaró la inconstitucionalidad del inciso en cursiva de dicho artículo, mantiene un paradigma liberal, mientras que el voto particular, que sostiene su constitucionalidad, se basa en un paradigma social.

Aunque ya se han realizado propuestas doctrinales que flexibilizan la comprensión estricta de la reserva de ley sancionadora en función de la gravedad de las infracciones⁵⁸. Así, se puede interpretar el contenido de la reserva de ley del art. 25.1 CE desde el principio de eficacia, de modo que se flexibilicen en cierta medida las garantías propias del Estado de derecho⁵⁹. Desde un paradigma social, se ha señalado que, en las infracciones leves —en el marco del ámbito material que la ley regulase—, el reglamento podría tipificar infracciones sin más limi-

La sentencia hace una interpretación rígida del principio de la reserva de ley y de los requisitos de certeza y previsibilidad, tomando como centro argumental los elementos propios del Estado de derecho. Así en el fundamento jurídico 4 se señala que «*Al igual que hicimos en la STC 341/1993, F. 10 b), debemos concluir ahora que la simple acotación de una materia (transportes terrestres por carretera) o el carácter residual de un tipo de infracción (respecto de otros tipos definidos con precisión en la misma Ley) no permiten identificar, en la Ley, qué conductas serán sancionables. Antes bien, el extenso catálogo de infracciones contenido en los artículos 140 a 142 LOTT hace incierto e impredecible qué otras conductas, no previstas en los tipos de la Ley, pudieran ser aún objeto de regulación reglamentaria e integrar así el tipo residual de infracción del art. 142 n) LOTT. El resultado final es, entonces, que se deja al poder reglamentario por entero y "ex novo" la definición de las conductas susceptibles de sanción, lo que resulta frontalmente contrario a la reserva de Ley del art. 25.1 CE y conduce a la declaración de inconstitucionalidad solicitada*».

Por el contrario, el voto particular parte del principio de eficacia y de una consideración más flexible de los elementos propios del Estado de derecho: «Personalmente, me resulta desproporcionado tener que recurrir a la elaboración de una Ley para poder sancionar este tipo de infracciones (la alternativa, obviamente, sería que tales tipos de exigencias a los vehículos no pudieran imponerse por razonables que parezcan, o que su infracción no pueda ser castigada). Creo que el papel colaborador del Reglamento con respecto a la Ley —admitido jurisprudencial y doctrinalmente— se manifiesta y justifica en casos como el que nos ocupa. El art. 142 LOTT enumera un amplio catálogo de *infracciones leves* que, en su momento, tuvo en cuenta el legislador, pero estas enumeraciones difícilmente pueden ser exhaustivas. Que el legislador habilite al Ejecutivo para *completar* la lista con las razonables limitaciones que el precepto legal contiene, difícilmente puede calificarse como una restricción a las garantías que ofrece el Estado de Derecho». La argumentación del voto particular se completa con la consideración de que la remisión realizada por la ley tiene límites precisos.

⁵⁸. Este debate también se está planteando en el ámbito del Derecho penal. En este sentido se puede mencionar la propuesta de Jesús María SILVA SÁNCHEZ sobre el Derecho penal de dos velocidades. La primera velocidad se refiere al Derecho penal de penas de cárcel, donde se mantienen de forma rígida los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales. La segunda velocidad afecta a las penas de privación de libertad o pecuniarias, en la cual «aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción». Véase Jesús María SILVA SÁNCHEZ: 2001, pp. 159-163, la cita corresponde a la página 163. Entre las garantías penales cuya flexibilización plantea se encuentra la reserva de ley.

⁵⁹. En este sentido el voto particular de Fernando GARRIDO FALLA a la STC 60/2000, de 2 de marzo, citado en la nota anterior.

taciones legales. En las infracciones de mayor gravedad, el reglamento podría tipificar infracciones siempre que fueran subsumibles en el tipo legal, sin que fuera suficiente que ley delimitara únicamente el ámbito material⁶⁰.

La consecuencia es que, salvo en los ámbitos penal y sancionador (y quizá en algún otro ámbito más como puede ser el tributario), en las materias reservadas a la ley se reconoce un margen de actuación a la potestad reglamentaria que va más allá del complemento indispensable de la ley. El Gobierno puede así establecer regulaciones que suponen el ejercicio de competencias de dirección política, aunque las materias se encuentren constitucionalmente reservadas a la ley. Lo cual es perfectamente coherente con las transformaciones en el derecho que ha producido el Estado social y el papel de dirección de la política nacional que le otorga al Gobierno el artículo 97 de la Constitución.

V. CONCLUSIONES

La transformación de la reserva de ley en una reserva de ley principal va a tener consecuencias tanto en la comprensión de la ley como en la comprensión del reglamento. La principalidad de la práctica legislativa en relación con la reserva de ley relativiza enormemente las funciones que supuestamente cumple la reserva de ley, garantía frente a intervenciones de los poderes públicos en los ámbitos de libertad de los ciudadanos, según el paradigma liberal, garantía del pluralismo democrático, según el paradigma social.

La primera cuestión es, por tanto, plantear claramente si se consideran válidas las leyes principales sobre materias reservadas o si se debe exigir a las leyes una especial intensidad normativa en su regulación. En mi opinión, el mantenimiento del dogma de que el reglamento es el «complemento indispensable» de la ley ha impedido que se planteara este problema. Hay que reflexionar sobre el «sentido» de la reserva de ley en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y sobre el grado de «flexibilidad» de la reserva de ley que se considera adecuado. Esto nos lleva a la cuestión de qué función cumple, o debe cumplir, la ley dentro del sistema de fuentes. Habría que intentar definir qué es lo que se considera esencial dentro de cada regulación y qué, por tanto, debe ser regulado por ley. Desde mi punto de vista esto debería hacerse, materia por materia. Teniendo en cuenta, por un lado, que el legislador no tiene capacidad para regular todas las cuestiones con un elevado grado de minuciosidad. Y, por otro, que tanto la función conformadora de la sociedad que le corresponde al Estado social, como la necesidad de regular un sistema económico capitalista cada vez más complejo,

⁶⁰. Cfr. Ignacio PEMÁN GAVÍN: 2000, pp. 192-193.

requieren un sistema de fuentes lo suficientemente flexible como para permitir aquellas intervenciones normativas que sean necesarias.

En relación con el reglamento hay que poner de manifiesto la importancia política de primer orden que adquiere el reglamento como fuente de derecho. Se tiene que reconocer abiertamente que los reglamentos implican la adopción de decisiones de dirección política. La jurisprudencia que señala que los reglamentos suponen el ejercicio de un poder discrecional por parte del Gobierno supone un pequeño avance en esta línea⁶¹, aunque también hay una línea jurisprudencial —muy minoritaria— que reconoce abiertamente el papel de dirección política de los reglamentos⁶². La principalidad supone reconocer, en últi-

⁶¹. Mucho más abundante es la doctrina que reconoce un cierto margen de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, «La potestad reglamentaria es discrecional y, por tanto, atribuye a la Administración un amplio margen de libertad para elegir, entre las diversas alternativas posibles, la que considere la más adecuada para el interés general», STS de 16 de enero de 1998 (Az. 301), FJ 4. También reconocen discrecionalidad: STS de 11 de junio de 1996 (Az. 5408) FJ 2; STS 14 de diciembre de 1998 (Az. 154 del año 1999) FJ 2; STS de 12 de enero de 1990 (Az. 335) FJ 6; y STS de 29 de diciembre de 1986 (Az. 1675 del año 1987) FJ 6. Por tanto, se está reconociendo al Gobierno un margen de decisión en el ejercicio de la potestad reglamentaria. En mi opinión, este margen de decisión tiene su fundamento último en la función de dirección política que se le atribuye al Gobierno.

⁶². Esta doctrina minoritaria reconoce que «tanto en virtud de la Constitución, art. 97, como de la Ley Orgánica del Estado, vigente cuando se produjeron los actos objeto del recurso, es al Gobierno a quien corresponde la dirección de la Política Nacional, dirección política que una vez establecida, se ha de plasmar en normas jurídicas reguladoras de las relaciones entre Administración y administrados. Igualmente, cualquier cambio en la dirección política establecida ha de manifestarse en la correspondiente norma jurídica, que necesariamente habrá de modificar la anterior, a fin de que las relaciones jurídicas se ajusten a la nueva política que se persigue» STS de 24 de enero de 1984 (Az. 151), FJ 6; «la consideración de que la potestad reglamentaria se encuentre íntimamente vinculada a la función político-constitucional de dirección política del Gobierno reconocida en el artículo 97 de la Norma Fundamental... dificulta que aquél pueda ser compelido por mandato derivado de una sentencia a su ejercicio en un determinado sentido» STS de 16 de enero de 1998 (Az. 566) FJ 4. La STS de 5 de noviembre de 1999 (Az. 9294), FJ 3 señala que: «las medidas del Gobierno que se revisan se insertan en la política de regulación de un mercado de tan acusado interés público como es el de la venta de especialidades farmacéuticas de uso humano y, después, en la política general económica dominada por circunstancias coyunturales y de gran relatividad que obligan a reconocer en esta materia un importante grado de discrecionalidad administrativa». El objeto del recurso era el Real Decreto 165/1997, de 7 de febrero, que establece los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano. Es interesante la conexión con la política aunque también se menciona la discrecionalidad administrativa. La conexión con la dirección de la política también aparece en la STS 7 de junio de 1999, (Az. 4316), FJ 4, frente al Real Decreto 276/1989, de 22 de marzo, sobre Sociedades y Agencias de Valores.

ma instancia, que se diluye el control de legalidad sobre los reglamentos, porque las opciones de desarrollo legal de los reglamentos son enormes y porque el parámetro de control –una ley principal– aporta escasos elementos para ejercer el control de legalidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAÑO LEÓN, José María (1991): *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (1994): *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid.
- CAPELLA, Juan Ramón (2001): «Mundialización e Instituciones Jurídico-Políticas», en VV.AA: *Cambio de paradigma en la Filosofía Política*, Fundación Juan March, Madrid, pp. 95-106.
- EMBED IRUJO, Antonio (1991): «Potestad reglamentaria», *Revista Vasca de Administración Pública* n° 29 (enero-abril 1991), pp. 73-121.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José A. (1990): «La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración», *Anuario de Filosofía del Derecho 1990 (nueva época, tomo VII)*, pp. 107-130.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José A. (1991): «Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado social», en OLIVAS, Enrique (coord.): *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, pp. 151-164.
- FORSTHOFF, Ernst (1986): «Concepto y esencia del Estado social de Derecho», en ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOEHRING, Karl: *El estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 71-106.
- FUERTES LÓPEZ, Mercedes (1994): *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1998): «Artículo 97. Funciones del Gobierno», en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo VIII. Artículos 97 a 112*, EDESA, Madrid, pp. 42-208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2000): *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA MACHO, Ricardo (1988): *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1996): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.
- GARRORENA MORALES, Ángel (1980): *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GARRORENA MORALES, Ángel (2001): voz «Reserva de ley», en Manuel ARAGÓN REYES: *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I. Constitución, Estado Constitucional y fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, pp. 300 a 307.

- LOEWENSTEIN, Karl (1986): *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2003): «La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: un acercamiento desde el derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 9, pp. 235-263.
- MERCADO PACHECO, Pedro (1999): «El “Estado comercial abierto”. La forma de gobierno de una economía desterritorializada», en CAPELLA, Juan Ramón (coordinador): *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, Madrid, pp. 125-158.
- OTTO, Ignacio de (1988): *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1983): *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid.
- PEMÁN GAVÍN, Ignacio (2000): *El Sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1991): «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *Revista de Administración Pública* n° 125 (mayo-agosto 1991), pp. 7-173.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1991): *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, CEURA, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid.
- SUAY RINCÓN, José (2001): «La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia», *Justicia Administrativa número extraordinario 2001 sobre infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, pp. 7-27.
- TORNOS MAS, Joaquín (1983): «La relación entre la Ley y el Reglamento: Reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Revista de Administración Pública* n° 100-102 (enero-diciembre 1983, Vol. I), pp. 471-507.